



Retour aux sources

William Dross

► To cite this version:

William Dross. Retour aux sources. Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, 2003, 2003-50 / 2007-2, pp.155-188 / 183-205. hal-00457622

HAL Id: hal-00457622

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-00457622>

Submitted on 17 Feb 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RETOUR AUX SOURCES

La question des sources du droit est récurrente en doctrine. Ses fréquentes résurgences dans les revues juridiques montrent que l'intérêt qu'elle suscite est loin de se tarir. Peut-être même doit-on regretter sa trop grande vigueur : les sources du droit sont souvent celles de la discorde entre les juristes. L'accord est loin de se faire sur leur nombre. Si la loi, au sens large, est admise par tous comme telle, la controverse demeure, plus ou moins vive, sur la place qu'il faut reconnaître à la jurisprudence, à la coutume ou à la doctrine au sein de ce qu'il faut bien appeler la « théorie des sources du droit ».

Prendre parti dans ce débat, que ce soit en faveur d'une conception extensive ou restrictive des sources du droit, n'a guère d'intérêt : le thème est tellement rebattu qu'il paraît inutile de le fatiguer davantage.

On cherchera plutôt, quitte à déplacer quelques instants le centre du débat, les raisons de la persistance des querelles sur ce point. Généralement, lorsqu'un problème suscite des controverses inextinguibles, c'est pour s'être laissé enfermer dans une formulation inexacte. Si l'on veut en sortir, mieux vaut reconsidérer la façon dont la question est abordée que de disputer des solutions qui y sont apportées. Appliquer ici ce principe suppose de revenir sur les termes employés dans la formulation de l'interrogation : « quelles sont les sources du droit ? ». On peut gager alors que le sens exact du mot « source » est à la base des difficultés induites par la question.

A première vue, l'image à laquelle il renvoie est trop évidente pour ne pas s'imposer. La source d'un fleuve est le lieu géographique où il prend naissance. De la même manière, la source du droit sera le « lieu » social où il se manifestera à titre originaire. C'est sous l'emprise de cette représentation naturaliste, de cette image, que le débat s'est cristallisé en doctrine, en donnant naissance aux controverses que l'on sait.

On aurait dû pourtant se méfier et garder à l'esprit l'avertissement de B. de Jouvenel : *« la métaphore est toujours une servante dangereuse : ne paraissant d'abord que pour modestement illustrer le raisonnement, elle s'en rend bientôt maîtresse et le gouverne »*¹. L'effort consiste à s'arracher à cette domination, à cette tyrannie de l'image pour dépasser cette première approche du mot « source ». On y parviendra d'autant mieux qu'on aura constaté, avec le professeur Ph. Jestaz, que *« consacré par l'usage, le terme de source est philosophiquement impropre. La loi, les règles non légiférées ne sont en réalité que des manifestations du droit : la source, comme son nom l'indique, se trouve en amont (...) »*². Un

¹ « Du pouvoir », 1945, p. 86. *Adde.* P. Esmein qui prévenait les juristes du danger de procéder par images (note sous Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1964, JCP 1965, II, 14213).

² Ph. Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », D. 1987, chr. p. 11 et suiv. note 22. *Adde.* F. Terré qui, à propos de l'expression « sources du droit », écrit : « *Métaphore séduisante, mais dangereuse si l'on s'en tient à la surface. Qui dit source dit lieu ou point d'émergence d'une eau qui est nourrie par bien des cours ou filets souterrains sans lesquels la source serait vite asséchée* » (« Jurisimprudence ? », RTD civ. 1992 p.

simple dictionnaire donne alors les moyens de ce dépassement, de ce retour aux sources. Dès le XII^e siècle, métaphoriquement, le mot « *source désigne un événement qui produit un effet, la cause d'une opération intellectuelle (...)* »³. Cette seconde acception, faisant de la source la cause d'un phénomène, permet de s'abstraire de l'imagerie pour atteindre le véritable enjeu de toute réflexion sur les sources, celui d'une tentative de réponse au problème des origines. La question est alors non plus celle du nombre des « manifestations » primaires du droit mais celle des causes de son jaillissement. « Pourquoi le droit apparaît-il ? » résume une problématique renouvelée des sources du droit.

Des deux acceptions – que l'on pourrait qualifier de naturaliste et d'ontologique – que peut revêtir le mot « source » découlent donc deux temps dans l'analyse.

Le premier est celui du bilan. Circonscriit au problème des « lieux de manifestation du droit », le débat, tel qu'il a été développé en doctrine, ne sera repris ici qu'à la seule fin de tenter d'expliquer pourquoi l'accord ne peut se faire entre les différents auteurs sur le recensement des sources du droit. L'intérêt de la controverse paraît en effet gésir davantage dans sa cause que dans son issue.

Le second sera prospectif et nous arrêtera plus longuement. Il faut tenter de proposer une conception des sources du droit qui rende véritablement compte du mystère de ses origines. Il s'agit de rechercher à quelles conditions le droit peut être. Ce sont chacune des causes nécessaires à son jaillissement qui s'imposeront alors comme sources du droit.

I / LES SOURCES COMME MANIFESTATIONS DU DROIT

Les sciences physiques ont donné le modèle d'une méthode rigoureuse de connaissance du réel qui s'est imposée comme le critère permettant d'attribuer à des travaux de recherche une valeur certaine. Le XIX^e siècle aura permis l'apparition d'une véritable science juridique, basée sur l'observation des règles de droit en vigueur, dont la vocation est d'en comprendre l'ordonnancement profond. Suivre cette méthode à propos de la question des sources du droit oblige à en constater la pluralité.

Il serait toutefois réducteur de faire du droit une simple réalité objectivement observable, une « matière », nécessairement inerte. Celui-ci est fondé sur une idéologie qui l'anime – au sens littéral : lui donne une âme – et qui irradie à tel point le droit tout entier qu'elle en devient une clé fondamentale de compréhension. Le théoricien, dans sa recherche des sources du droit, en est nécessairement tributaire. C'est cette idéologie qui l'incite à ne reconnaître comme légitime qu'une seule et unique source de droit⁴.

Le malaise induit par la contradiction entre l'observation, amenant à constater la pluralité des sources du droit et l'idéologie sous-tendant notre système juridique, qui n'en

355). D'ailleurs, l'expression de sources du droit (*fons juris*) est originellement employée par Cicéron afin de signifier que les fondements du droit ne se peuvent trouver qu'en dehors de lui (« *De legibus* » ; V, 15 et 17 et VI, 18 à 20).

³ A. Rey, « Dictionnaire historique de la langue française », V^e *Source* éd. Robert 1992.

⁴ « *La théorie des sources du droit possède tout un arrière-plan idéologique* » souligne B. Oppetit (« La survie de la coutume et du droit spontané », in « Droit et modernité », PUF 1998 p. 41 et suiv., spéc. p. 42). *Adde.* P. Amssek, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », Arch. Phil. Droit T. 27 « Sources du droit », Sirey 1982 p. 251 et suiv., spéc. p. 257 écrivant : « *Même sous le couvert de l'étiquette constamment revendiquée de « science du droit », on ne trouve pas une approche véritablement neutre du monde juridique. La théorie du droit reste, à bien des égards, une théorie « engagée* » ».

légitime qu'une seule, suscite inéluctablement la controverse, selon que les auteurs feront dans leur réponse une part plus ou moins grande à la première ou à la seconde⁵.

A / L'OBSERVATION : LA PLURALITE DES SOURCES DU DROIT

Celui qui partirait à la recherche des sources du droit sans avoir au préalable défini ce qu'il faut entendre par « droit » ne procéderait pas de manière logique et rationnelle. On ne peut en effet rechercher l'origine d'un phénomène, fut-il juridique, si on ne l'appréhende d'abord lui-même clairement. La recherche des sources du droit ne paraît pouvoir faire l'économie d'une définition du droit.

Cette exigence liminaire est *a priori* décourageante. Elle incite à abandonner ici l'exercice car les multiples tentatives doctrinales visant à définir le droit n'ont abouti à aucune vérité scientifique. La définition du droit continue à ressortir au domaine de l'opinion.

Il n'y a cependant là aucune raison valable de ne pas s'avancer dans une recherche des sources du droit. A défaut de définition *scientifique* du champ des normes juridiques, du moins est-il possible d'adopter une démarche qui le soit. Celle-ci consiste à travailler sur une hypothèse, quitte à la modifier par la suite, en fonction des résultats obtenus. La recherche des sources du droit peut donc aisément s'accommoder d'une définition du droit qui n'aura de valeur que provisoire, celle que l'on reconnaît d'ordinaire à une hypothèse de travail. Il faut retenir alors comme définition du droit celle émanant d'une certaine *communis opinio doctorum*. Le droit sera donc posé comme un ensemble de règles visant à organiser la vie en société, règles sanctionnées par la puissance publique. Ce dernier critère, fondamental, est imposé par la nécessité de distinguer les règles juridiques des règles morales ou religieuses⁶.

Cette définition posée, la question des sources du droit va s'en trouver singulièrement simplifiée. Le travail consistera à recenser les règles qui correspondent à cette définition, afin de les classer par groupes, chaque groupe trahissant une origine commune et *donc*, une source de droit particulière.

Passons sur la loi, prise tant dans son sens formel que matériel. Regroupant les règles qui ont en commun d'être imposées par la puissance publique, elle forme une première source de droit sur laquelle s'accorde l'ensemble de la doctrine. Mais là s'achève le consensus.

L'actuelle survivance de la coutume embarrasse les juristes. Refusant de jouer servilement le rôle que le Code civil lui destinait, « *sa place dans le droit moderne apparaît beaucoup plus considérable qu'on ne le croit communément* »⁷, ce qui n'a au vrai rien de surprenant. Le rêve d'un droit débarrassé de la coutume est celui d'un droit désincarné et qui, comme tel, demeure utopique. Il est vain d'ignorer que le droit s'adresse d'abord à des hommes qui n'hésiteront pas à adapter la règle à leurs besoins, quitte à la tordre ; qui, s'ils ne trouvent pas dans la loi les instruments propres à régir leurs activités, les créeront par nécessité⁸. Parce que la loi est mise en œuvre, parce qu'elle n'a pas vocation à demeurer une

⁵ Sur cette opposition d'écoles, cf. P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est source de droit », RRJ 2001, p. 77 et suiv., n° 2 et suiv.

⁶ En ce sens, P. Roubier, « Théorie générale du droit », Sirey 1951 p. 32.

⁷ B. Oppetit, *op. cit.* p. 41. Ce sont les usages qui régulent les échanges commerciaux internationaux, ce sont eux qui légitiment contre le Code civil la solidarité en matière commerciale, qui font prendre à la femme le nom du mari ou assoient la qualité d'héritier sur la foi d'un acte de notoriété (voir la consécration de son rôle par le nouvel article 730-1 issu de la loi du 3 décembre 2001).

⁸ L'application du droit par ses praticiens est source de droit. Elle crée doublement la règle, d'une part en écartant l'application de certains textes de lois, d'autre part en se dotant de constructions juridiques adaptées, souvent avant que le législateur ne les reprenne à son compte. C'est la pratique du palais, celle des avocats, qui,

simple littérature, sa pratique crée le droit⁹. Parce que la loi est insuffisante ou a pu l'être, les acteurs du commerce juridique ont créé la norme qui leur était nécessaire. La sédimentation de ces pratiques forme une coutume qu'il faut alors reconnaître comme source de droit. Notons cependant dès ici que cette reconnaissance se fait comme à contre cœur¹⁰. On persiste à la considérer comme une curiosité, une étrange survivance de temps révolus, une source accessoire et infime de droit¹¹.

L'accès de la jurisprudence au rang de source du droit ne devrait plus guère susciter de débat aujourd'hui : le temps de l'exégèse s'est définitivement achevé avec Génys¹². Aucun professeur n'aurait l'idée d'enseigner la responsabilité civile sans envisager les solutions retenues par la Cour de cassation, au point que l'on a pu même dénoncer cette attention par trop exclusive aujourd'hui portée aux décisions rendues par les tribunaux¹³. Il est inutile de s'attarder davantage sur cette question entendue. La jurisprudence s'impose *en fait* comme une source de droit¹⁴ et rares sont les auteurs aujourd'hui pour le nier¹⁵. Si on a pu la qualifier de source abusive¹⁶, la critique porte sur sa légitimité et non pas sur sa qualité de source de droit.

Mais un certain malaise subsiste. La doctrine préfère parler à son propos de source *dérivée* du droit, ou de source *d'interprétation* de la loi¹⁷. La jurisprudence n'a guère qu'une autorité de fait¹⁸. Le message est clair : la jurisprudence doit rester subordonnée à la loi. Bornons-nous ici à constater la gêne avec laquelle elle est reçue comme source du droit. On sacrifie au pragmatisme, mais à reculons.

Faudra-t-il ajouter à l'exposé des sources du droit la doctrine, cette glose savante des docteurs de la loi ? Il est certain qu'elle façonne la construction de la norme juridique. La distinction de la garde de la structure et du comportement, des obligations de moyen ou de

omettant d'invoquer certaines dispositions légales devant les tribunaux, les transforme en droit mort, abrogation qui n'ose dire son nom. C'est la pratique des commerçants qui avait fixé les délais d'opposition en cas de vente de fonds de commerce et que la loi du 17 mars 1909 confirma, c'est la pratique notariale qui a développé la copropriété et créé la construction en volumes.

⁹ Voir sur cette question, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », Travaux de l'Association H. Capitant, T. XXXIV, Economica 1985.

¹⁰ P. Esmein répondait par la négative à la question « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? » (« Bulletin de la société d'Études Législatives », Paris, A. Rousseau, 1905 p. 4-5).

¹¹ Voir l'ironie mordante de J.-L. Souriaux auquel les juristes citant des exemples de règles d'origine coutumière « font penser aux ramasseurs de coquillages sur une plage après le passage de plusieurs colonies de vacances : ils exhibent d'autant plus leurs trouvailles qu'elles sont rares » (« Sources du droit en droit privé », Arch. Phil. Droit T. 27 « Sources du droit », Sirey 1982 p. 33 et suiv., spéc. p. 35).

¹² A-t-il d'ailleurs seulement existé ? Sur ce point, cf. J.-L. Halperin, « Histoire du droit privé français depuis 1804 », PUF 1996, coll. « Droit fondamental » n° 44 ; Ph. Rémy, « Eloge de l'exégèse » RRJ 1982 p. 254 et suiv. et Ch. Jamin, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », RTD civ. 1994 p. 815 et suiv.

¹³ Ch. Atias, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », JCP 1980, I, 2999 n° 7.

¹⁴ Voir ainsi B. Starck, H. Roland et L. Boyer, « Introduction au droit », Litec 2000 qui opposent « la négation de jure du pouvoir normatif » à « la reconnaissance de facto du pouvoir normatif » de la jurisprudence (n° 887 et n° 892). *Contra* P. Morvan, (*op. cit.*) qui fait de la jurisprudence une source de droit en droit et non plus seulement en fait.

¹⁵ Cpdt, J.-L. Aubert, « Introduction au droit », Armand Colin 2002 n° 172 et J. Carbonnier, « Introduction », PUF 1999 n° 144 : « La jurisprudence n'est pas une source véritable du droit civil ».

¹⁶ O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », Mélanges Maury, Dalloz 1960, T. II, p. 349 et suiv. et du même auteur, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », mélanges G. Marty, p. 463 et suiv., spéc. p. 475, voyant dans la jurisprudence une source « honteuse » de droit.

¹⁷ Mazeaud, par F. Chabas, « Leçons de droit civil », T. I, vol. 1, « Introduction au droit », Montchrestien 2000, n° 63 ; J.-L. Aubert, « Introduction au droit », Armand Colin 2002 n° 128 et suiv.

¹⁸ Aubry et Rau, « Cours de droit civil français », T. I, 7^e éd. 1984 par A. Ponsard, § 5 p. 57-58.

résultat, de règlement ou de couverture, les conditions de l'enrichissement sans cause, sont œuvres de la doctrine. Le visage du droit en est modifié et la cause des plaideurs bouleversée. La réponse des intéressés est cependant modeste¹⁹ : la doctrine n'est pas une source de droit, dès lors qu'elle demeure avant tout une littérature. Lui fait défaut l'applicabilité effective, en d'autres termes la sanction, condition d'existence de la règle. Elle ne peut prétendre à la normativité que par le truchement de la jurisprudence. La question de l'accession de la doctrine à la dignité de source de droit est donc facilement réglée : l'honneur lui est refusé par ceux-là même qui la produisent.

On aura donc brossé le tableau suivant des sources du droit : autour de la loi, source éminente, sont tolérées, parce qu'il faut sacrifier à la réalité du modèle, la jurisprudence et la coutume.

Trop habitués à le contempler dans les introductions au droit, on se sera habitué à ce triptyque. Il n'est pourtant guère satisfaisant.

Il y a en effet un hiatus évident entre une conception doctrinale latente qui conduirait volontiers les auteurs à n'admettre comme source du droit que la seule loi matérielle, et la réalité, qui les contraint à constater le rôle normatif de la jurisprudence et de la coutume. Ce conflit est réglé à la faveur d'une approche réaliste. Les développements consacrés aux sources du droit traitent de la loi, mais aussi de la jurisprudence et de la coutume. En réalité, il existe bien une « théorie des sources du droit » sous-jacente à cette présentation pragmatique. Passant outre la trilogie affichée, il faut mettre au jour la vision unitaire des sources du droit qui inspire la doctrine.

B / L'IDEOLOGIE : L'UNICITE DE LA SOURCE DU DROIT

A la question de savoir quelles sont les sources du droit, la doctrine affirmera avoir répondu en ayant déterminé les auteurs de la norme. Puisqu'en envisageant le champ des règles juridiques il a été possible de les regrouper en fonction de l'autorité dont elles émanent, classant les normes, on aura répondu du même coup à la question de leur source. Le législateur, le juge, le peuple sont les sources des règles légales, jurisprudentielles et coutumières qui forment le droit. La question des sources du droit se ramène donc pour les auteurs à celle de la détermination des autorités qui le produisent. Aussi ne faut-il pas s'étonner de lire qu'« une source de droit est une autorité qui formule des propositions juridiques (...) »²⁰. Mais on ne saurait pourtant s'arrêter à un simple constat, à un recensement des autorités qui ont un pouvoir normatif de fait. On doit avant tout s'inquiéter du caractère légitime de la création des normes juridiques. « Quelle autorité peut *légitimement* être habilitée à créer le droit ? » : telle est alors la véritable question des sources du droit.

Posée en ces termes, cantonnée à notre système politique et donc relative, la réponse est évidente. Le droit ne saurait émaner que du souverain, qui n'est autre que la Nation. Seule la Nation, cette entité abstraite qui transcende la réalité historique et contingente du peuple, peut décider des règles qui la régiront. Elle le fait par cet acte fondateur qu'est la Constitution, norme fondamentale. Seule la Nation décide, même si elle le fait par le biais de la délégation,

¹⁹ « La doctrine n'est pas, et ne peut pas être, une source de droit, même indirecte : elle n'est investie d'aucun pouvoir institutionnel qui lui permette de créer la règle de droit » tranche J.-L. Aubert (*op. cit.* n° 181). Certains auteurs, rares il est vrai, admettent pourtant que la doctrine soit une source de droit à part entière : J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, « Traité de droit civil : introduction générale », LGDJ 1994 n° 236.

²⁰ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *ibid.* (nous soulignons).

des lois formelles²¹. La légitimité de l'adoption des lois par le Parlement est doublement justifiée, d'abord par son élection, au suffrage direct ou indirect, peu important ; ensuite par le pouvoir que la Nation lui reconnaît à cet effet dans l'article 38 de la Constitution²².

Ici gît donc la source véritable du droit. Celui-ci a pour origine première la volonté d'une autorité, autorité qui ne peut légitimement être, dans notre système politique, que la Nation²³. Si on a pu contester que le droit subjectif soit un pouvoir de volonté, le droit objectif est en revanche indubitablement conçu par la doctrine comme tel²⁴. Derrière l'apparente trilogie des sources du droit s'impose l'idéologie du monisme de la souveraineté Nationale, seule habilitée à fixer le droit²⁵. Trouvent alors leur explication les réticences dont fait montre la doctrine pour concéder que jurisprudence et coutume soient elles aussi sources de droit.

Si la réalité du pouvoir normatif de la jurisprudence n'est pas contestable, sa légitimité l'est en revanche, parce que précisément les juges dont elle émane n'ont pas la caution démocratique que confère l'élection²⁶. Cet aspect du problème ne doit pas être négligé. C'est sans doute l'un des arguments qui incite à voir dans la jurisprudence normative une usurpation. Mais à être élus, les juges n'en acquerraient pas pour autant le pouvoir de faire le droit, faute d'y avoir été autorisés par la Constitution. La jurisprudence a contre elle Montesquieu²⁷. La

²¹ Le Conseil constitutionnel veille à ce que cette délégation soit correctement exercée, en soulignant que la « loi votée par le parlement n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (Décision n° 85-197, DC du 23 août 1985, Rec. p. 70).

²² Il est plus délicat de justifier sur la base de ces deux critères de l'existence des règlements autonomes. Si l'article 37 délègue bien ce pouvoir normatif à l'autorité exécutive, fait défaut à cette dernière la légitimité démocratique que seule pourrait lui donner l'élection. C'est oublier que l'exécutif est nommé depuis 1962 par une autorité élue et qu'il demeure responsable devant le Parlement. Les règlements autonomes peuvent alors se réclamer de la souveraineté nationale. Quant aux traités internationaux, leur ratification parlementaire ou référendaire assure leur légitimité. Il n'est pas demandé à la Nation d'élaborer elle-même la règle, seulement de l'approuver.

²³ Le contrat est pour cette raison parfois conçu comme une source de droit à part entière (M. Virally, « La pensée juridique » LGDJ 1960 rééd. 1998, p. 155. *Adde.* J. Ghestin, « Les données positives du droit », RTD civ. 2002 p. 11 et suiv. n° 18 et P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771 et suiv., n° 5 et suiv.). A la souveraineté de la Nation dans l'adoption de normes valables pour la collectivité est substituée la volonté de l'individu pour la fixation des règles qui l'obligeront seul : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » énonce pertinemment le Code civil (article 1134). La logique qui justifie la reconnaissance du contrat et de la loi comme source de droit est la même : il s'agit toujours de l'exercice d'une souveraineté, individuelle ou nationale.

Dans une perspective plus absolutiste on pourrait cependant considérer avec P. Esmein que l'obligation contractuelle se ramène à une obligation légale puisque c'est la loi qui donnerait sa force obligatoire au contrat (« Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle », RTD civ. 1933, p. 627 et suiv., spéc. n° 5). Le raisonnement serait alors transposable à la jurisprudence : celle-ci pourrait n'être qu'une source légale de droit, dès lors que c'est la loi constitutionnelle qui l'organise et rend ses décisions contraignantes.

²⁴ Sous l'influence toujours vivace du volontarisme hobbesien.

²⁵ Ph. Jestaz relève cinq acceptions du mot source, au premier rang desquelles figure « *le fondement idéologique d'un système juridique donné : selon les cas la source du droit est censée résider dans la souveraineté nationale ou dans une coutume immémoriale ou dans la volonté divine pour prendre les exemples les plus connus* », mais ce premier sens est rejeté par l'auteur au motif qu'une telle « *source est moins un objet de science qu'un article de foi (...)* » (« Source délicate... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », RTD civ. 1993 p. 73). Il nous semble que c'est là renoncer à une clé essentielle de compréhension de la problématique des sources du droit.

²⁶ Encore cette élection paraît-elle quelque peu incompatible avec l'indépendance du juge, élément clef de la *jurisdictio* (*infra*). On aurait tort d'oublier que « *L'élection au suffrage universel est la meilleure manière d'assurer la dépendance la plus large* » (G. Wiederkehr, « *Qu'est-ce qu'un juge* », Mélanges R. Perrot, Dalloz 1996, p. 575 et suiv., spéc. p. 585).

²⁷ « Esprit des lois », Liv. XI, chap. 6 : « *Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ».

séparation des pouvoirs fait du juge le simple serviteur des lois et cette analyse, parce qu'elle a pour elle la clarté et la rigueur d'une démonstration logique, garde sa force. Les arrêts de règlement sont encore prohibés par le Code civil²⁸. La création du droit demeure dans le discours officiel l'apanage des seuls Parlement et Gouvernement.

Faut-il pour autant estimer que la reconnaissance par une large partie de la doctrine du pouvoir normatif de la jurisprudence n'est due qu'à un souci de réalisme ?

La raison en est semble-t-il plus profonde. Plaide en faveur de son admission au rang d'autorité habilitée par la Nation souveraine à créer le droit, le fait qu'elle soit rendue au nom du peuple français, mais plus encore qu'elle émane d'un organe étatique.

Ce dernier point est essentiel. La multiplication des délégations de compétence a pour effet d'investir d'un pouvoir normatif certaines autorités, notamment professionnelles ou sportives, qui n'ont avec la Nation que des liens distendus, voire absents²⁹. On s'accoutume ainsi à l'image d'un droit qui est légitime non pas parce qu'il est l'expression d'une volonté nationale, mais parce qu'il émane de l'appareil étatique ou d'un de ses satellites. L'administration de la justice étant un élément clef de l'organisation de l'Etat, elle peut y puiser alors une certaine légitimité dans l'exercice d'un pouvoir normatif. De surcroît, l'obligatoire supplantant la volonté nationale comme critère de la « juridicité », les tribunaux, dont les décisions contraindront les parties dès lors que la force publique devra prêter main forte à leur exécution, peuvent s'imposer, par une sorte d'effet réflexe, comme autorités créatrices de droit. L'idéologie volontariste héritée de Hobbes peut alors s'accommoder tant bien que mal d'une jurisprudence source de droit.

La coutume pose un problème plus délicat³⁰. Un premier réflexe jacobin conduirait à lui refuser tout rôle créateur de droit. Les pouvoirs législatif et exécutif étant seuls dépositaires du pouvoir normatif, ils ne pourraient en être privés par une pratique spontanée³¹. Mais la thèse peut aisément être renversée. Si la Nation peut déléguer son pouvoir normatif au Parlement ou au gouvernement, le peuple doit pouvoir continuer à créer directement la règle de droit. Il y a délégation, non abdication. Le caractère ancien et constant reconnu à la coutume rattacherait d'ailleurs cette source de droit à la souveraineté nationale plutôt que populaire : elle serait la marque d'une culture. La coutume serait alors l'expression directe de la

²⁸ Voir cependant en faveur de leur réhabilitation, A. Audinet, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », *mél. Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière 1967, p. 99 et suiv.

²⁹ La loi est souvent en pratique élaborée par les commissions juridiques des ministères. Le parlement fait alors figure de simple chambre d'enregistrement, d'où l'on peut arguer d'un déplacement du pôle de création du droit en faveur de l'Administration. Voir pour la création d'une « Direction des Affaires juridiques » au sein du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, chargée de coordonner et de proposer l'élaboration de textes législatifs et réglementaires, le décret n° 98-975 du 2 novembre 1998. De là à dire, avec V. Schoelcher, qu'il faut, contre les amis de l'ordre, appeler administratif ce qui est fait contrairement aux lois, il y a qu'un pas qu'on se gardera de franchir (V. Schoelcher, « *Le gouvernement du 2 décembre* » 1853, Chap 1.).

³⁰ Le mystère qui entoure le phénomène de la coutume tient en grande partie au caractère amphibologique du terme. Il faut admettre avec J. Vanderlinden que la coutume est avant tout une gestuelle (« Contribution en forme de mascarade à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », *RTD civ.* 1995 p. 69 et suiv., spéc. p. 71, 74, relevant avec force que « *Les coutumes rédigées (...) ne sont pas des coutumes. Ce sont des cadavres de coutumes (...)* »). Elle est une pratique sociale sur laquelle le juge ou le chef prend appui pour sanctionner les comportements qui, en s'en écartant, portent atteinte à la cohésion et aux valeurs du groupe. Mais la coutume peut aussi revêtir un sens plus strictement juridique. Elle naît alors de la sédimentation des décisions jurisprudentielles en adages, de la mise en œuvre du droit écrit ou du comblement de ses lacunes par les praticiens du droit.

³¹ B. Oppetit constatait « l'impossibilité rationnelle d'assurer à la coutume un véritable statut de mode originaire de production des règles de droit dans une théorie des sources du droit procédant de l'idéologie du positivisme étatique » (« La survie de la coutume et du droit spontané », in « *Droit et modernité* », PUF 1998 p. 41 et suiv., spéc. p. 44).

souveraineté nationale dans le domaine juridique. Comme telle, elle devrait être admise sans réticences au rang de source de droit³².

Si elle ne l'est pas, c'est encore, croyons-nous, que l'obligatoire a remplacé la volonté nationale comme critère de la règle de droit³³. Ce n'est plus la règle qui est obligatoire parce qu'elle est l'expression de la volonté générale, mais la règle qui accède à la dignité juridique parce qu'elle contraint³⁴. Or le vice profond de la coutume est qu'elle ne sera pas, à moins du secours de la loi ou du juge, contraignante. La reconnaître comme source de droit à part entière a nécessité de la laver de cette tache congénitale en l'affublant d'une force obligatoire subjective, simple croyance de ceux qui l'appliquent en son caractère contraignant³⁵. Au vrai, le subterfuge ne convainc guère. C'est de manière objective qu'il faut fonder le caractère obligatoire de la coutume si l'on veut en faire aujourd'hui une source de droit véritable. Mais comment pourrait-elle être objectivement obligatoire puisque la force publique, qui serait à même d'en garantir l'observation, est le monopole d'un Etat qui n'a aucun intérêt à protéger des créations juridiques qui lui échappent. Le rôle de la coutume ne peut alors que se restreindre pour devenir subsidiaire. On concédera alors que la coutume devient du droit lorsqu'elle intervient sur délégation de la loi, ainsi des relations entre fonds voisins organisées par le Code civil ; ou encore lorsque les tribunaux, en l'appliquant lui ouvrent les portes de la sanction étatique³⁶. D'où le rôle mineur qu'on voudrait lui faire jouer, en contradiction avec sa place centrale dans tout système juridique.

Il n'est alors évidemment pas question, sauf à employer ce dernier biais, d'admettre la doctrine comme source du droit. L'auteur n'a aucun moyen d'imposer son analyse d'un problème aux citoyens. Son influence s'exercera dans les ministères ou dans les prétoires, mais la règle sera légale ou jurisprudentielle, jamais doctrinale.

Quel bilan tirer de ces remarques ? Il existe bien une théorie moniste des sources du droit implicite derrière le masque d'un pragmatisme pluriel. Seule la Nation doit être admise comme source de droit. Mais cette dernière s'actualise dans un appareil étatique qui, détenteur

³² J. Carbonnier y voit une « *démocratie directe et diffuse* » (*op. cit.* n° 135).

On se heurtera à une difficulté supplémentaire pour peu qu'on suive le schéma proposé par H. Kelsen selon lequel une norme ne tire sa validité que de sa conformité avec la norme qui lui est immédiatement supérieure (H. Kelsen, « *Théorie pure du droit* » Paris 1962 p. 256). La coutume ne semble pas pouvoir s'intégrer dans la pyramide des normes dès lors qu'elle naît en marge de l'organisation étatique. Pis, elle serait même prohibée par la Constitution, implicitement en ce qu'elle délègue le pouvoir législatif aux seuls Parlement et Gouvernement, expressément dès lors que l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 énonce que nul ne peut être contraint de faire ce que la loi n'ordonne pas (G. Tréboul, « *Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français* », RD publ. 1998 p. 691 et suiv., spéc. p. 696 et suiv.). Si à ce titre la coutume ne saurait avoir de validité objective dans l'ordre juridique interne, on s'efforce de lui reconnaître une validité à tout le moins effective, dès lors que le système juridique tolère son application par les juges. Cette validité effective découlerait de ce que la coutume provient de la même norme fondamentale supposée que la Constitution elle-même (G. Tréboul, *op. cit.* p. 703 et suiv. et le parallèle fait avec la théorie kelsénienne des décisions juridictionnelles illégales).

³³ Le terme « obligatoire » est au vrai peu explicite (sur la distinction de « l'obligationnel » et de « l'obligatorité », P. Ancel, *op. cit.*). Nous entendons ici par « obligatoire » ce qui est susceptible d'accéder à l'effectivité par la contrainte.

³⁴ Renversement contre lequel s'élevaient G. Marty et P. Raynaud : « *Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique* » (« Introduction à l'étude du droit », Sirey 1972 n° 34).

³⁵ *Opinio juris seu necessatis* qui permettrait alors de la distinguer du simple usage. Vaine tentative, tant il est difficile aujourd'hui de distinguer l'usage de la coutume (J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, « Traité de droit civil : introduction générale », LGDJ 1994 n° 546).

³⁶ E. Lambert défendait ainsi, contre Gény, l'opinion selon laquelle la coutume ne pouvait tirer sa valeur obligatoire que de sa consécration jurisprudentielle (« Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé », 1903, p. 137 et suiv., spéc. p. 802).

de la contrainte légitime, est seul à même de garantir l'effectivité des règles juridiques qu'elle pose. Ce pouvoir de contrainte devient le stigmate de la règle de droit. Celle-ci s'éloigne alors de la Nation pour se rapprocher de l'Etat. Dès lors qu'elle peut être appuyée par la force publique, la règle devient droit, peu important qu'elle ne soit que très indirectement, et parfois même nullement, une expression de la volonté nationale. La source unique du droit devient l'Etat plutôt que la Nation³⁷. On peut alors, à la faveur de ce glissement, admettre avec plus ou moins de réticences, le rôle créateur de la jurisprudence, mais guère celui de la coutume.

Cette « théorie de la source du droit », qui inspire, sans qu'elle l'avoue³⁸, la doctrine française, n'a qu'un défaut, celui d'être contredite par les faits. L'observation de la réalité juridique a conduit à admettre que la coutume et la jurisprudence sont sources à part entière des règles de droit. Ces données doivent être prises en compte et véritablement intégrées dans une autre présentation de la question.

Il faut pour cela proposer une nouvelle approche qui ne se réclame pas, si cela est toutefois possible, d'un *a priori* doctrinal, d'une conception dogmatique de ce que doit être le droit. Pour cela, il faut changer de méthode. On a en effet procédé de la manière suivante. Pour découvrir les sources du droit, il a fallu d'abord dire ce qu'était le droit. La méthode semblait scientifique. Mais à définir le droit comme un « ensemble de règles visant à organiser la vie en société et sanctionnées par la puissance publique », on devait s'attendre à trouver l'Etat comme seule source de droit, car seul à même de disposer de cette contrainte publique posée comme élément consubstantiel à la norme juridique. Si la définition que l'on donne du droit conditionne de manière nécessaire le résultat de toute recherche sur ses sources, il faut procéder autrement et tenter de s'en passer.

II / LES SOURCES COMME CAUSES DU DROIT

Renoncer à définir le droit pour éviter que la question de ses sources ne soit dès cet instant implicitement mais nécessairement tranchée, c'est s'interdire de poser la question « qu'est-ce que le droit ? ». Poursuivre la recherche des sources du droit suppose alors de renouveler le questionnement qui la fonde, afin qu'aucune définition du droit soit requise *ab initio*.

La question posée est celle des *sources* du droit. On conviendra que toute interrogation sur le problème des sources appelle un discours des origines, discours qu'il faut alors tenter d'approcher.

L'idée d'une recherche historique – qui semble s'imposer dans cette quête des origines – doit cependant être d'emblée écartée. Le droit est de toute éternité, en cela qu'il n'y a pas de sens à vouloir en découvrir la date d'apparition sur terre. Quant à l'observation ethnologique des groupes sociaux dits primitifs, elle révèle un état de droit moins raffiné que celui de nos sociétés mais n'atteint aucunement la question du commencement³⁹. Il faut donc renoncer à une recherche de l'origine du droit basée sur l'étude des faits sociaux et lui préférer la réflexion.

³⁷ Cela n'est au reste qu'un juste retour des choses. L'organisation de la société, que ce soit en Etat, en Cité ou autre, préexiste à la justification, toujours dogmatique, qui prétend la fonder. La société organisée demeure, au delà de toute souveraineté royale, populaire ou nationale. Il est dès lors logique que le droit, qui en est indissociable, finisse par trouver sa source en elle plutôt qu'en un dogme. Le droit est une pratique et non une idée : il est normal qu'il s'ancre avant tout dans la réalité de l'organisation sociale plutôt que dans le présupposé de la volonté nationale.

³⁸ Peut-être par crainte d'encourir le qualificatif, aujourd'hui quelque peu péjoratif, de « positiviste ».

³⁹ Voir P. Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », Arch. Phil. Droit T. 27 « Sources du droit », Sirey 1982 p. 251 et suiv., spéc. p. 252.

D'un point de vue scientifique, l'origine d'un phénomène est appréhendé au travers du concept de cause. Cette dernière notion est particulièrement riche pour peu qu'on veuille bien distinguer les sens qu'elle peut revêtir.

On sera dans cette recherche à meilleure école chez Aristote que partout ailleurs⁴⁰. Si la statue équestre est telle qu'on peut la voir, c'est qu'y ont concouru une cause matérielle (le bloc de marbre), une cause effective (l'action du sculpteur), une cause formelle (la représentation visée) et une cause finale (la destination de la statue)⁴¹. Si l'on postule que le droit, comme la statue, est une création humaine, résultat d'un art, il ne devrait pouvoir prétendre à l'existence qu'à condition que ces quatre causes se conjuguent. Reste à découvrir quelles sont ces quatre causes, ces quatre sources du droit.

Lorsque la doctrine aborde la question des sources du droit, elle n'envisage, selon une démarche qu'elle emprunte aux sciences exactes, que la seule causalité effective. Le droit naît alors de la volonté de la Nation, tout comme on pourrait dire que la statue n'existe que par la volonté du sculpteur. L'approche, si elle n'est pas fausse, demeure partielle. Elle ne permet pas de saisir la complexité des sources du droit. Elle conduit d'ailleurs à ne pas véritablement traiter la question dans les développements qui sont censés lui être consacrés. Puisqu'un dogme bien ancré veut que l'origine première du droit, son auteur, soit la volonté nationale, la présentation est ramenée à l'exposé de l'architecture des règles juridiques⁴². Les introductions au droit s'exercent, au chapitre des sources du droit, à tenter de donner une cohérence à la production normative en l'organisant hiérarchiquement. Si l'exercice est indispensable et excessivement ardu⁴³, il ne relève pas de la question des sources du droit⁴⁴ : le discours des origines qui est celui des sources n'est nullement atteint⁴⁵, il y a erreur sur la problématique.

⁴⁰ Le concept de cause est excessivement raffiné dans la science juridique. Revenir à l'ontologie aristotélicienne permettrait sans doute une remise en ordre d'un concept largement malmené, victime d'un signifié trop lâche.

⁴¹ *Métaphysique*, Chap. IV, Sous-chap. 2 et *Physique*, Chap. II, Sous-chap. 3, 194 b). Nous empruntons cet exemple à J. Hersch, « L'étonnement philosophique », Folio essai 1988 p. 59 et suiv.

⁴² Encore pourrait-on se demander si cette question de la cause effective du phénomène juridique est bel est bien posée. La question qui semble animer la présentation des sources du droit en doctrine paraît être « qu'est-ce que le droit ? » plutôt que « comment naît-il ? ».

⁴³ Le schéma pyramidal proposé par Kelsen dans sa « Théorie pure du droit » (Paris 1962) conserve, malgré les critiques dont il a pu faire l'objet, une grande actualité dans la manière qu'a la doctrine ou la jurisprudence de traiter les difficultés nées du conflit de deux textes en plaçant la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes. Voir en dernier lieu, les décisions des Assemblées plénières du Conseil d'Etat du 30 octobre 1998 (Sarran, Levacher et autres, AJDA 1998 p. 1039) et de la Cour de cassation du 2 juin 2000 (Fraisie, D. 2000 p. 865 note B. Mathieu et M. Verpeaux, et sur lequel « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », D 2001 p. 1636 par B. Beigner et S. Mouton) qui se prononcent en faveur de la supériorité de la Constitution sur le traité. Mais quelle valeur peut avoir une telle prise de position dès lors qu'elle se limite à l'ordre interne, les juridictions internationales ne manquant pas à l'inverse « de faire primer les règles qu'elles ont la charge de faire respecter sur toutes les dispositions nationales, seraient-elles de valeur constitutionnelle » (N. Molfessis, RTD civ. 1999 p. 234). Le raisonnement en terme de hiérarchie est loin d'être aussi simple qu'il paraît l'être (sur tous ces points, N. Molfessis, préc. p. 232 à 242 et plus spécifiquement, pour la difficulté d'intégrer la jurisprudence à un tel schéma, P. Morvan, *op. cit.* n° 51 et suiv. et n° 1 à 6) et de la remise en cause de sa pertinence on glisse vers la contestation de son existence même (« La hiérarchie des normes n'existe pas », M. Monin, D. n° 30 du 2 septembre 1999, « Dernière actualité » p. 1).

⁴⁴ Dont l'étude relèverait au demeurant plus du droit public et de la politique que du droit privé.

⁴⁵ Ph. Jetaz souligne que « la théorie des sources, ou mieux, la présentation dogmatique « des sources du droit » échoue à rendre compte de son objet » (« Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », RTD civ. 1993 p. 73). L'expérience peut d'ailleurs en être faite auprès de néophytes. Leur exposer au titre des « sources du droit » la hiérarchie des normes les surprendra, tant il s'attendent sous cet intitulé à un exposé au moins historique.

Si l'on veut l'approcher, il faut tenter de cerner les causes matérielle, formelle et finale du droit, non plus seulement sa cause effective.

A cette fin, toute définition liminaire du droit devient inutile. Il ne s'agit en effet pas de départir ce qui en relève de ce qui n'en est pas, mais de rechercher ce qui permet au droit d'exister. Pour cela, une idée commune de ce qu'il est suffit.

A / DES QUATRE CAUSES DU DROIT

a) Cause matérielle

Usons une fois encore la vieille image de Robinson, seul sur son île déserte⁴⁶. Tout droit lui est éminemment superflu⁴⁷. Arrive Vendredi, avec lui l'altérité et donc une relation potentiellement conflictuelle.

A ce stade, la cause matérielle du droit est d'ores et déjà présente. Sans possibilité de conflit, il n'y a pas non plus de possibilité de droit⁴⁸. Si, par goût de l'utopie, on imagine un instant que les querelles déchirant les hommes s'apaisent un jour, le droit s'éteindrait avec eux⁴⁹. Mais le conflit, s'il est une condition d'existence du droit, ne permet pas à lui seul son jaillissement.

b) Cause effective

Supposons alors que de potentiel le conflit vienne à éclater. Son apaisement va requérir la violence des coups, violence à laquelle répondra la vengeance. Le droit est à ce stade totalement absent, cela pour deux raisons.

- D'abord parce que la violence reste maîtresse du jeu. On conviendra en effet que le droit privé a pour but l'apaisement des conflits entre les membres d'une même communauté avant tout par une parole⁵⁰. Il se substitue aux actes de violence et de vengeance. La « loi » du talion

⁴⁶ On la retrouvera entre autres chez J. Dabin, « Le droit subjectif », Dalloz 1959 p. 39.

On ne verra pas, dans cette référence à Robinson, un simple mythe fondateur du droit, à l'instar du « contrat social », mythe fondateur et toujours vivace de l'organisation politique et sociale (Pour une actualisation de cette explication, cf. J. Rawls, « Théorie de la justice », Seuil coll. Point Essais 1997 spéc. p. 37 et suiv.). Au contraire, il semble que l'on trouve ici le véritable point de concorde entre les auteurs sur la condition fondamentale de toute émergence du droit. Un doute critique, systématique, cartésien, sur les conditions d'existence du droit rencontre ici la seule certitude sur laquelle on puisse bâtir : « *Toute théorie juste des sources du droit doit se fonder sur l'adage Ubi societas, ibi jus* » observait N. Sugiyama (« Essai d'une conception synthétique du droit comparé », in « Recueil d'études Edouard Lambert. Introduction à l'étude du droit comparé », *Glashütten im Taunus Detlev Auvermann Kg*, 1973 ; T. I, p. 50 et suiv., spéc. p. 57 ; cité par X. Dijon, « Droit naturel », T. I, « Les questions du droit », PUF coll. Thémis 1998 p. 536).

⁴⁷ L'homme qui n'est pas en relation avec ses semblables peut observer un comportement vertueux du point de vue de la morale. Mais on ne saurait parler de droit ni de justice : selon Aristote, la justice est précisément « *la vertu ressaisie dans le rapport social et politique à autrui* » (L. Courmarie, « Ethique à Nicomaque. Livres V, Chapitres 1-7, 10 et 14 », in « Penser la Justice », Dioti 3, 1998, p. 319 et suiv., spéc. p. 333).

⁴⁸ Cette idée de conflit se restreint à un conflit effectif entre plusieurs intérêts contradictoires. Il semble en effet que le droit est une discipline sociale, ce qui n'empêche pas cependant qu'il puisse être dit à l'occasion de débats purement doctrinaux. On pourrait alors, dans une analyse plus vaste, faire de la controverse, de la contradiction, la condition matérielle du droit : cf. en ce sens, A. Sériaux, « Philosophie du droit », PUF 1999, coll. Thémis, développant une théorie de l'aporétique juridique (p. 243 et suiv.).

⁴⁹ Selon K. Marx, le droit ne doit-il pas disparaître avec la victoire du prolétariat ? La disparition de la lutte des classes entraînera la disparition de l'Etat et avec lui l'extinction du droit : K. Stoyanovitch, « La théorie marxiste du dépérissement de l'Etat et du droit », Arch. Phil. Droit, 1963, p. 125 et suiv.

⁵⁰ P. Ricœur, s'interrogeant sur « l'acte de juger » souligne que « *d'une certaine façon, toutes les opérations auxquelles nous venons de faire allusion, depuis le délibéré jusqu'à la prise de décision, jusqu'à l'arrêt, manifestent le choix du discours contre la violence* » (« L'acte de juger », in « Le juste », éd. Esprit, 1995, p. 189.

n'est pas encore du droit, le substantif ne doit pas abuser. C'est une morale de l'équivalence plutôt que de la haine dans le châtement d'un tort, pas plus⁵¹.

- Mais surtout parce que continue de faire défaut la condition essentielle de tout jaillissement du droit, la présence d'un tiers. Pour que l'apaisement puisse être atteint, il est essentiel – il est de son essence même – que la parole qui sera délivrée soit acceptable pour les opposants. Le droit ne peut se passer d'une tierce personne, parce que la *juste* appréciation des intérêts en conflit, qui est la condition de son éclosion, ne pourra jamais être obtenue d'une des parties au litige⁵². Le droit naît d'une relation triangulaire, le chiffre trois en est la clef⁵³.

On aurait tort cependant de voir dans ce tiers le juge, si toutefois on entend par juge le magistrat investi par la puissance publique du soin de départir les citoyens⁵⁴. Le tiers nécessaire à la justice et qui, dans cette activité créatrice, fera éclore le droit, peut n'être qu'un voisin, un ami. Il demeure, dans nos sociétés où la justice est rendue par un corps de fonctionnaires⁵⁵, l'arbitre, choisi par les parties pour ses compétences techniques ou ses qualités humaines. A Rome, les jurisconsultes faisaient le droit en disant le juste à l'occasion de conflits, réels ou d'école, sans pour autant n'avoir jamais été juges. Le droit n'a pas besoin de juges investis par le pouvoir étatique pour naître⁵⁶. Il a seulement besoin d'une opposition d'intérêts et d'une tierce personne qui, parce qu'elle est reconnue savante et sage, rendra une décision faisant autorité. On ne saurait sur cette question ignorer la très féconde distinction introduite par A. d'Ors entre *auctoritas* et *potestas* : l'autorité, qui est elle sans doute de l'essence du droit, ne peut être confondue avec la contrainte⁵⁷.

S'éloigne alors la figure et de l'Etat et de la force publique dans la formation du droit⁵⁸. Débarrassé de l'ombre qu'il lui portait, le tableau des sources du droit commence à prendre un autre aspect. Il n'est pas de l'essence du droit que « l'autorité » appelée à le créer ait un lien quelconque avec l'organisation politique. Le droit n'a pas besoin de l'Etat, même si

⁵¹ Mais pas moins non plus. Elle marque un progrès décisif, comme rationalisation de la vengeance (R. Draï, « Le mythe de la loi du talion », éd. Anthropos 1996 p. 1).

⁵² L'importance de la figure du tiers dans la naissance du droit a été mis en évidence par A. Kojève, qui y voit l'essence du phénomène juridique (« Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire », Gallimard 1981, Section I, Chap. III, §27, p. 191 et suiv.). *Adde.* P. Ricœur, *op. cit.* p. 195 et suiv. et A. d'Ors, « Une introduction à l'étude du droit », préf. A. Sériaux, PU d'Aix-Marseille 1991 n° 10 et suiv. : « Là où ne peuvent intervenir les juges, il n'y a pas non plus de droit ». *Contra*, F. Zénati, qui estime que « la justice n'exige pas une intercession » (« Le citoyen plaideur » in « La justice. L'obligation impossible », éd. Autrement, 1994 p. 172 et suiv., spéc. p. 177).

⁵³ A. Sériaux n'a-t-il pas sous ce chiffre bâti « Une introduction au droit » (Ellipses Marketing 1997), en trois parties, chacune comprenant trois sous parties, pour obtenir au final 333 paragraphes, parce que la relation triangulaire est le modèle du droit ?

⁵⁴ « Sans juge, il n'y a pas vraiment de droit » (M-A Frison-Roche, « L'impartialité du juge », D. 1999, I, p. 53 et suiv., spéc. n° 5). Si l'observation est exacte, elle doit être complétée en relevant que « les arbitres qui sont bien aussi des juges sont investis par les parties et non l'Etat » (G. Wiederkehr, *op. cit.* p. 578).

⁵⁵ Fonctionnaires les juges le demeurent en ce qu'ils sont nommés et rétribués par l'Etat, même si leur statut leur assure l'indépendance vis à vis du pouvoir politique.

⁵⁶ « L'Etat n'instaure pas la justice ; il se contente de lui conférer un caractère public » note F. Zénati (« Le citoyen plaideur » in « La justice. L'obligation impossible », éd. Autrement, 1994 p. 172 et suiv., spéc. p. 177 (*adde.* p. 179). Historiquement, on peut souligner que « jusqu'au III^e siècle de notre ère, les procès sont tranchés à Rome par un *judex privé* » (Mazeaud, par F. Chabas, *op. cit.* n° 113).

⁵⁷ *Op. cit.* n° 25 et suiv. A. Sériaux, dans sa traduction, souligne que « le jurisconsulte est choisi parce qu'il a une autorité, un savoir socialement reconnu, alors que le législateur a un pouvoir socialement reconnu » (note 81).

⁵⁸ A Rome d'ailleurs, la sentence prononcée par le juge vidait le conflit et donnait le droit sans s'accompagner d'aucune contrainte étatique. L'exécution forcée des jugements n'apparut que tardivement. La décision du juge était observée parce que la partie succombante avait apporté au début de la procédure des cautions familiales qui s'étaient portées garantes de ce qu'elle le ferait. La contrainte était familiale et non étatique, elle pesait sur l'honneur et non sur les biens ou la personne, le droit existait pourtant.

la réciprocité est inexacte. Lui est seulement nécessaire le conflit et la figure du tiers. La question de la causalité effective du droit est alors modifiée. Le véritable artisan du droit est le tiers, non le souverain : celui-ci n'est maître que de la loi.

Ces éléments conditionnant la naissance du droit en place, reste à savoir comment le tiers dénouera le différend. La question est alors celle de la cause formelle du droit. La forme que le tiers entend donner à la relation des parties après qu'il ait statué est le moyen de savoir ce qui guidera son action. Mais le mystère est profond, car on touche au cœur de l'homme.

c) Cause formelle⁵⁹

Salomon décidait selon sa sagesse et depuis ce temps, l'avancée s'est faite vers l'objectivation de ce processus décisionnel. Le juge ne peut trancher seulement selon ce qu'il croit juste, le risque d'arbitraire étant trop grand pour le justiciable. Ce dernier doit être garanti de l'imprévisibilité qui en résulterait. A moins cependant qu'il se puisse donner une définition suffisamment précise du juste pour qu'elle soit aisément mise en œuvre. Aristote a tenté de donner un contenu précis à ce concept : la justice commande de rendre à chacun des plaideurs la part des biens qui lui revient, ce dont les Romains ont fait le *suum cuique tribuere*⁶⁰. On sait la fortune que cette façon de concevoir le droit connaît aujourd'hui⁶¹. On aura cependant beau jeu de dénoncer le caractère peu opérationnel de cette référence⁶². Concrètement, le tiers est peu avancé. L'effort qui lui est demandé est immense : il ne peut guère, par l'observation d'une nature harmonieuse, redécouvrir le juste par ses seules forces. Aussi doit-il pouvoir se référer à un juste déjà exprimé, déjà découvert. Il doit opérer la guérison en puisant dans la société la vision du juste qui en émane. L'avantage est double : le juge économise d'abord ses efforts et son temps ; mais surtout, il décide en conformité avec une conception du juste qui, étant celle de la société, est d'ores et déjà acquise⁶³. Les plaideurs la reconnaissant alors dans la sentence du juge accepteront celle-ci d'autant mieux qu'ils auront pu la prévoir : il s'agit que le vaincu soit aussi convaincu.

⁵⁹ La cause formelle du droit à laquelle nous nous référons ne doit évidemment pas être confondue avec ce que la doctrine qualifie de sources formelles du droit. Depuis F. Gény, il est classique de voir dans la loi et la coutume les seules sources formelles de droit. Mais la distinction des sources formelles et matérielles du droit relève d'une tentative de classement des différents types de normes, non d'une recherche du mécanisme de leur genèse (Pour une critique de cette analyse et la proposition d'y substituer la distinction des sources officielles de droit (loi et jurisprudence) et des sources officieuses, voir Ph. Jestaz, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », RTD civ. 1993 p. 73 et suiv., spéc. p. 77 et suiv.).

⁶⁰ Du cosmos émanait une harmonie parfaite que le juge devait reproduire avec la cité (de là l'expression de « droit naturel classique » désignant cette école. Le droit est naturel car il a pour tâche de reproduire l'harmonie de la nature dans la cité), en attribuant, comme la Divinité leur juste place aux choses, leur juste part aux hommes. A l'occasion d'un conflit, l'équilibre est compromis et c'est au juge qu'il appartient de le rétablir en redonnant aux plaideurs la place qu'ils n'auraient jamais dû quitter.

⁶¹ Le droit s'affirme à nouveau aujourd'hui comme l'art du juste, et cette conception comme le second mouvement d'une dialectique historique des idées, dont le premier fut, aux XIX^e et XX^e siècles, le droit comme science.

⁶² Le droit naturel classique exige donc du tiers qu'il se décide selon ce souci d'équilibre et de justice. On pourrait relever qu'il sera rare que l'arbitre se prononce au regard de ce seul impératif. De multiples considérations d'opportunité, économiques, historiques ou politiques, seront à même d'influencer sa décision. Mais l'objection ne porte guère si l'on accepte de voir dans le juste non une pure abstraction ou pur produit du sentiment individuel, mais une totalité, englobant à la fois l'économique et le politique : M. Villey : « Droit et règles. A propos de la règle de justice de M. Perelman » in « Seize essais de philosophie du droit » Dalloz 1969, p. 221 et suiv., spéc. p. 224 et suiv.

⁶³ Le travail du juge sera alors parfois celui de donner une formulation précise de ce qu'est le juste dans la nomenclature juridique.

Le juste, principe de solution du litige, peut donc se contenter d'être relatif plutôt qu'absolu. Il est contenu dans la loi, la coutume, la jurisprudence, la doctrine, tous ces matériaux qui vont servir à la solution du litige⁶⁴. Pour le juge comme pour l'architecte, la règle n'est qu'un guide pour aller droit⁶⁵. On aperçoit alors à quel titre elles sont si ordinairement qualifiées de sources de droit : on se réfère ici à l'idée de cause formelle du droit et non plus effective. Mais il faut alors reconnaître qu'elles ne sont pas les seules. Les considérations en vertu desquelles une solution sera donnée au litige deviennent infinies et sources de droit. L'acte de juger est l'occasion privilégiée d'instiller des valeurs dans la réalité sociale⁶⁶. Combien d'arrêts sont-ils motivés par un souci non proprement juridique de protection de la partie faible, quitte à ce que la règle technique soit malmenée ? On ne saurait négliger le rôle de la morale et de l'équité dans la genèse de solutions qui finissent par faire le droit. Mais on n'oubliera pas non plus de moins nobles considérations, où l'opportunité politique est le moteur de la décision⁶⁷.

On aura ainsi, en réintroduisant le droit dans le processus qui l'engendre, trouvé sa source formelle dans un éventail extrêmement large de considérations. Si la loi, la jurisprudence, la coutume et la doctrine sont réconciliées comme sources de droit, c'est au prix de l'ouverture de cette catégorie à d'autres considérations, historiques, morales, politiques, opportunistes. A faire de l'interrogation d'un homme la source du droit, on est obligé d'y intégrer une multitude de facteurs et l'on subit la perte de sens attachée à toute généralisation.

Il ne faudrait pas pour autant exagérer la critique. L'ensemble des facteurs concourants à la solution du litige ne sont pas placés sur un pied d'égalité, du moins lorsqu'un juge étatique est appelé à trancher⁶⁸. Une hiérarchie peut être trouvée entre les différentes références qu'il prendra en compte pour dégager une solution au conflit. La prééminence de la loi n'est pas contestable. Mais celle-ci ne découle pas d'une autorité intrinsèque spécifique⁶⁹. Si le juge

⁶⁴ Voir l'analyse de J. Ghestin qui se réfère dans cette recherche du juste aux « données positives du droit » (RTD civ. 2002 p. 11 et suiv., not. n° 52).

⁶⁵ La *norma* romaine n'est elle-même qu'une équerre permettant d'établir des angles... droits. Sur ces étymologies, voir les développements éclairants de P. Amsselek, « Norme et loi », Arch. Phil. Droit T. 25 « La loi », 1980 p. 89 et suiv.

⁶⁶ M. Virally, *op. cit.* p. 24 et suiv. Mais au vrai, il y a interaction entre le juge et la société et si celui-ci instille des valeurs dans celle-là, il en prélève aussi.

⁶⁷ Si la Cour de cassation a décidé dans l'arrêt Desmares du 21 juillet 1982 (D. 1982 p. 449 conclusions Charbonnier, note Larroumet, errata p. 487 ; JCP 1982, II, 19861 note Chabas, erratum 19875) que le gardien du véhicule ne pouvait s'exonérer qu'en montrant que le fait de la victime avait le caractère de force majeure, ce n'était certainement pas pour rendre justice aux plaideurs mais, par une solution choquant la justice et la morale, obliger le législateur à intervenir (J.-L. Aubert, « L'arrêt Desmares : une provocation ... à quelles réformes ? » D. 83 chr. p. 1). On peut pareillement s'étonner qu'en matière de droit international privé, le renvoi au premier degré ait été admis par la Cour de cassation pour la première fois et malgré une vive hostilité de la doctrine lorsqu'il s'était agi de permettre à l'Etat français de recueillir une succession mobilière considérable (arrêt Forgo, Ch. Réunies, 24 juin 1878, DP 1879, I, p. 56 ; S. 1878, I, 1429).

⁶⁸ Encore est-il certainement exact dans une large mesure que le juge décide d'abord, dans son for intérieur, de la solution qu'il donnera au litige avant que de la motiver en droit, c'est-à-dire selon l'expression formelle que lui a donné le législateur. « *D'abord on choisit, ensuite on justifie (...)* » disait G. Bachelard.

⁶⁹ On pourrait être tenté de fonder cette autorité sur la Raison dont, dans une certaine idéologie, elle se voudrait l'expression. « *Le droit moderne apparaît comme tout entier placé sous le signe de la Raison. Cette rationalité est attestée en tout premier lieu par un ensemble d'attributs intrinsèques. D'abord, la systématisme (...). Ensuite, la généralité (...). Enfin, la stabilité (...). Cette rationalité de la production juridique est confortée par la construction d'une « science du droit » qui, en s'efforçant de « systématiser les solutions particulières, de les coordonner en un Tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer en matière intelligible* » contribue à accroître la cohérence et la rigueur formelle du droit » : J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RD publ. 1998 p. 659 et suiv., spéc. p. 665 et suiv.

l'applique avant toute considération, ce n'est que parce qu'elle est la directive de jugement qui émane de l'Etat dont il est un organe. Qu'un arbitre soit choisi par les parties et il pourra statuer en amiable compositeur. Sa décision n'en sera pas moins l'expression du droit. La primauté de la loi n'existe donc que parce que l'organe chargé de régler les différends est le juge, émanation de l'Etat. Que celui-ci cesse de l'être et la loi perd avec lui sa primauté. La prééminence de la loi est inséparable de la présence d'un juge étatique.

Lorsque la loi émanant du souverain ne joue pas ce rôle premier, ou bien, comme ce fut le cas au Moyen Age, qu'elle fut rare, ou bien qu'elle soit silencieuse ou incomplète, le juge se référera à la coutume, substitut de la loi, où à la jurisprudence⁷⁰. Appelé à trancher un différend, le juge se reportera spontanément à ce qu'aura décidé autrui en pareilles circonstances. Il cherche un modèle et agit par imitation. Ce comportement est non seulement naturel⁷¹ et efficace⁷², il est encore souhaitable dans la mesure où il assure l'égalité de traitement des justiciables. La force du précédent sera cependant d'autant mieux assurée que l'organisation judiciaire sera couronnée par l'équivalent d'un tribunal de cassation. L'organisation étatique fait alors une nouvelle fois figure de matrice propre à définir la hiérarchie des considérations auxquelles le juge doit avoir égard dans sa recherche de solutions.

En définitive, la cause formelle du droit n'est autre que l'idée du juste qui doit présider à la réorganisation des relations entre les parties sur une base non conflictuelle. On aura donc trouvé la cause matérielle du droit dans le conflit, sa cause effective dans l'intervention d'un tiers, sa cause formelle dans le juste. Qu'en est-il de sa cause finale ?

d) Cause finale

La réponse ne fait guère de difficulté. Si le tiers intervient en disant le juste, c'est afin de trancher le litige. Le but du droit est de régler les différends entre les hommes⁷³ : il n'y a pas de droit là où on ne cherche pas à apaiser par une parole mais à venger par la violence. Le droit, parce qu'il est une production humaine, est orienté vers un résultat sans lequel il ne

⁷⁰ On sait les débats passionnés que suscite la question de savoir si la jurisprudence applique la coutume ou si la coutume émane de la jurisprudence. L'une comme l'autre de ces analyses paraissent exactes. En s'inspirant des précédents, le juge induit la répétition, source d'une coutume judiciaire. Intégrée par les justiciables, une coutume sociale naîtra du règlement des conduites en fonction des solutions données par les juges, à condition cependant qu'existe une organisation suffisante de la société pour que les précédents soient connus à la fois par le juge et par le justiciable. Si elle ne passe pas dans la société, si elle n'a pas la force de modeler les comportements, la décision du juge demeurera jurisprudence, mais conservera néanmoins son influence sur la solution de litiges ultérieurs. L'énoncé du juste ainsi répété par le juge sera résumé, à l'époque où l'écrit n'est pas courant, dans une formule percutante et aisée à mémoriser, adage que le juge appliquera à son tour (L. Boyer « Sur quelques adages. Notes d'histoire et de jurisprudence », Bibl. de l'école des Chartes, T. 156, « Rémanences du Droit de l'Ancien Régime dans la France contemporaine », 1998 p. 13-76). La coutume a parfois même besoin de cette formulation pour être appliquée par le juge. Ainsi le Conseil Constitutionnel affirme-t-il que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnue par les lois de la République », décision n° 88-244 du 20 juillet 1988, considérant 11, rec. p. 122). Le juge participe à la création comme à l'application de la coutume. On n'en déduira pas pour autant qu'il n'existe pas de coutume sans le secours du juge. Une pratique peut se former en dehors du litige et servir de référence au juge pour sanctionner les comportements qui s'en écartent. La coutume pourra aussi prendre la forme d'une clause plus ou moins complexe à une époque où l'écrit domine : elle est celle des praticiens.

⁷¹ Carbonnier : « La genèse de l'obligatoire dans la formation de la coutume », in « Flexible Droit », 8^e éd. Dalloz 1995 p. 106 et suiv., spéc. p. 109.

⁷² Le gain de temps est appréciable.

⁷³ « Le droit est un outil, fait pour prévenir et pour mettre fin aux conflits, à l'intérieur d'une société. Là où existe une société existe un droit », R. Sacco, « Le droit muet », RTD civ. 1995 p. 783 et suiv., spéc. p. 788.

saurait exister : si la question du but n'a pas de sens pour les lois physiques, elle est centrale pour les lois humaines⁷⁴. Mais le point ne suscite guère de controverses, personne ne conteste que la cause finale du droit soit l'apaisement des litiges.

e) Sources du droit ?

C'est donc à un nouveau pluralisme des sources du droit que l'on a affaire. Il n'y a plus trois sources du droit qui seraient la loi, la jurisprudence et la coutume, mais quatre sources, cette fois entendues dans une acception renouvelée, celle de conditions d'existence du droit. Le fil des origines est renoué lorsqu'on admet que le droit n'existe qu'autant que se conjuguent une cause matérielle (un conflit), une cause effective (l'intervention d'un tiers), une cause formelle (l'idée de juste) et une cause finale (une société civile pacifiée). C'est à la première d'entre elles qu'il faut maintenant revenir.

B / DE LA CAUSE MATERIELLE DU DROIT

Telle qu'elle est généralement entendue, la problématique des sources du droit met en valeur soit sa cause formelle qui s'actualise principalement dans la loi, la jurisprudence et la coutume ; soit, pour peu qu'on creuse un peu plus avant, sa cause effective, puisqu'on définit la source du droit avant tout comme une autorité. Qu'on laisse de côté la cause finale est peu gênant, dès lors que tout le monde lui reconnaît une place au titre de « but » du droit. En revanche, l'importance du conflit, cause matérielle du droit, est largement mésestimée⁷⁵. Plus qu'une simple condition objective d'existence du droit (a), il faut reconnaître au conflit un rôle véritablement matriciel dans la naissance du droit (b). Restaurer la place qui est la sienne dicte alors le choix d'une méthode d'élaboration du droit (c) dont la récente observation par le législateur explique les mutations actuelles de la loi (d).

a) Le conflit, condition d'existence du droit

Que le conflit constitue la condition nécessaire de l'activité du juge ou de l'arbitre, on en conviendra assez volontiers. La jurisprudence ne surgit qu'en règlement d'un litige⁷⁶.

Le doute s'installe quand on envisage la coutume. Lorsqu'elle n'est qu'un *habitus*, une pratique comportementale du groupe social, elle ne suppose aucune opposition d'intérêts entre les membres du groupe, au contraire. Mais est-elle seulement du droit ? Il semble que jusqu'à ce qu'elle serve de référence au juge ou au chef pour sanctionner les comportements qui s'en écartent, elle demeure extra juridique. Seule sa prise en compte par le juge au sein d'un conflit la changera en droit⁷⁷. Lorsqu'elle n'est que la cristallisation de solutions judiciaires, le litige apparaît comme une condition essentielle de son apparition. Enfin, si elle naît d'une pratique des professionnels du droit, elle avant tout pour objectif de prévenir un différend. C'est d'ailleurs, sur ce dernier point, le même but que poursuit la doctrine. Raisonnant sur

⁷⁴ Le but devient alors cause sans qu'il faille y voir une quelconque contradiction.

⁷⁵ On remarque parfois, incidemment, que « *ce sont les conflits qui progressivement font naître le droit (...)* » sans y attacher plus d'importance (Ph. Malaurie, « La Bible et le droit. A travers cinquante ans d'enseignement du droit civil », RTD civ. 2000 p. 525 et suiv., n° 2).

⁷⁶ La décision rendue en matière gracieuse consiste en un contrôle par le juge d'une situation juridique donnée. Elle révèle que celui-ci est non seulement au service de la justice mais aussi de l'Etat. Tout fonctionnaire assermenté pourrait le suppléer dans cette tâche. Si le juge lui est préféré, c'est en raison de l'aura d'impartialité qui l'entoure. Sur ce point, cf. Ch. Eisenmann, « Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle) » RD publ. 1952 p. 903 et suiv., spéc. n° 44.

⁷⁷ Marc Bloch écrivait qu'une « *coutume ne saurait être véritablement astreignante que là où elle trouve comme gardienne une autorité judiciaire impartiale et bien obéie* » (« La société féodale », T. I, part. II, Livre III, Chap. I, III, éd. Albin Michel, coll. « Bibliothèque de l'évolution de l'humanité », 1994 p. 346)

l'harmonisation des solutions juridiques, comblant les silences de la loi, anticipant les cas où le législateur n'a rien prévu, elle œuvre pour l'éradication des controverses que les obscurités, les lacunes, les contradictions du droit induisent, et qui sont autant de conflits purement juridiques que le droit générera d'autant plus qu'il se raffine⁷⁸.

La difficulté apparaît plus sérieuse pour la loi. Celle-ci ne semble pas requérir de conflit d'intérêts pour exister. Dans une certaine optique, on peut affirmer cependant que la loi anticipe les conflits susceptibles d'opposer les hommes et en prévoit la solution, donnant tort à l'un, raison à l'autre⁷⁹. Partant, elle a pour effet réflexe de modéliser l'activité humaine, et d'empêcher ainsi l'éclosion de litiges⁸⁰. En réglant *a priori* la solution d'un litige éventuel, le législateur exerce une action tant curative que préventive. C'est en vue de la régulation des rapports sociaux, c'est-à-dire afin d'éviter ou de régler des conflits « en puissance » que le législateur élabore la loi. C'est en vue de la résolution des conflits « en acte » que le juge fixe le droit⁸¹.

Le droit apparaît ainsi tout entier tourné vers le conflit, qu'il en naisse ou qu'il l'anticipe. Là n'est cependant pas l'importance véritable du conflit dans la genèse du droit. Il n'est pas seulement une condition objective, extrinsèque, de naissance du droit.

b) Le conflit, matrice du droit

Si la cause matérielle du droit doit être remise à l'honneur, c'est parce que la teneur de la règle de droit dépend des termes même du conflit, tout comme l'aspect final de la statue équestre est largement déterminée par les matériaux mis à la disposition du sculpteur.

Le droit *gît* dans le conflit. Celui-ci n'est pas seulement l'occasion de sa mise en œuvre. Il est la matrice même de la règle. Il n'y a pas d'abord un conflit auquel on applique ensuite une règle de droit, mais un conflit qui appelle une solution qui se cristallisera en droit⁸². Il en détermine véritablement la teneur.

⁷⁸ « *Summum jus, suma injuria* », disaient les anciens. On décrie avec une belle constance la surproduction de droit (« *prurit normatif* » dit P-Y Gauthier, RTD civ. 1999 p. 55). Il semble n'y avoir là rien que de très ordinaire : le droit appelle le droit, plus il s'affine, plus il croît.

⁷⁹ Optique qui peut être aisément contestée. On aura beau jeu de souligner que la loi organise les services de l'Etat, la providence publique, bref s'affirme avant tout comme l'outil privilégié de la conduite de la politique. Mais l'objection tombe pour peu que l'on remarque que s'il y a la loi, il n'y a pas pour autant droit. La loi ne dit pas toujours le droit, tout comme le droit n'est pas tout entier dans la loi. Sur ce point, voir *infra*.

⁸⁰ « *Le droit se présente comme une discipline d'action destinée à instituer ou à préserver un certain état de la société* », M. Virally « La pensée juridique », LGDJ 1960, rééd. 1998 p. 2.

⁸¹ A. Sériaux relève ainsi que le juge « *n'intervient d'ordinaire qu'après que le désordre ait été « établi* », ce qui « *est à peu près la seule différence essentielle qui existe entre le juge et le législateur. Le premier tranche un litige déjà né, il statue pour le passé ; le second évite des litiges à naître, il statue pour l'avenir* » (« Les enjeux éthiques de l'activité de *iurisdictio* », in « La conscience du juge dans la tradition juridique européenne » PUF coll. « Droit et justice », 1999, p. 293 et suiv. note 5)

⁸² Cette affirmation va évidemment à l'encontre de l'analyse habituellement proposée du raisonnement juridique. Le conflit est perçu comme une simple situation de fait à laquelle on applique la règle pour en déduire une solution. Le syllogisme judiciaire est un mécanisme purement déductif : est mise en avant la règle, qualifiée de « majeure », tandis que la situation de fait n'est que « mineure ». H. Motulsky, qui a développé cette analyse avec le succès que l'on sait, insistait pourtant sur l'origine de la règle de droit. « *Le fait social – nous dirions le conflit –, devenant au contact du droit le fait juridique, précède historiquement et logiquement la création de la règle ; et il en résulte qu'élaborer le Droit, c'est dégager de la matière brute des relations de la vie le principe normatif qui, une fois cristallisé, devra régir, dans le futur, ces mêmes relations.* » (« Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », Thèse Lyon, Sirey 1948, n° 14. Voir aussi n° 60 et suiv.). *Adde*, M. Villey, « Morale et droit. Sur un texte de Grotius », in « Seize essais de philosophie du droit », Dalloz 1969, p. 107 et suiv., spéc. p. 111 : « *Le juriste doit se garder de confondre le droit et la règle, de tirer les solutions de la règle ; ce serait mettre les choses sans dessus dessous (...)* ». C'est en effet la démarche romaine qui consiste à tirer la règle du droit et non l'inverse (Paul, *Dig.* 50, 17, 1 : « *Non est ex regula jus sumatur ; sed ex jure quod est, regula fiat* »).

On s'en persuadera en examinant le mécanisme de formation de la jurisprudence. Selon la formule classique, le rôle du juge est de trancher un litige en disant le droit : *jurisdictio*. Mais « la proposition « dire le droit » est liée à une autre proposition « trancher le litige ». Le droit que dit le juge, ce n'est pas alors la règle, car le terme de droit doit se comprendre par référence à la situation conflictuelle en cause. Donc dire le droit, c'est, pour le juge, déterminer, à l'aide des règles bien sûr, quel est le droit de la situation, c'est-à-dire quelle est la solution correcte du conflit »⁸³.

Le développement spectaculaire de l'expertise judiciaire peut d'ailleurs être interprété comme trahissant « une quête de la solution des litiges dans le fait ». Dès lors que « la loi n'exerce plus sur le juge et les plaideurs la fascination qu'elle exerçait autrefois » il faut « traquer des normes de jugement dans la factualité même »⁸⁴. Si la tâche est possible, c'est parce que « le fait engendre le droit », par cela « que le droit se nourrit de valeurs véhiculées par la vie sociale que révèlent les faits »⁸⁵.

Le législateur à son tour, lorsqu'il prétend régler, d'une manière abstraite et générale et non pas factuelle, un différend, ne peut ignorer le conflit. De cette observation découlent alors les principes d'une technique d'élaboration de la loi chaque fois que celle-ci prétendra énoncer le droit.

c) Le conflit et l'élaboration de la loi

Si le droit naît du conflit, il devient indispensable que ce dernier soit perçu puis posé avec le plus de clarté possible.

Perçu d'abord. Le tiers appelé à trancher le différend doit être impartial⁸⁶, faute de quoi le droit ne saurait jaillir. La question de l'impartialité du tiers appelé à régler le litige n'est pas seulement tournée vers le justiciable : elle est une condition nécessaire à l'existence du droit⁸⁷.

Posé ensuite. Le respect du contradictoire est la condition d'une dialectique judiciaire qui seule permet l'éclosion d'une solution de droit qui en sera le dépassement. La procédure civile organise les conditions nécessaires à ce que la controverse opposant les parties prospère dans toutes ses dimensions. On peut cependant se demander si la loi obéit à cette exigence fondamentale. Il semble à première vue que non⁸⁸ : la loi est un impératif, produit d'une volonté souveraine, non la recherche d'un équilibre entre deux thèses opposées. Mais cette analyse de la loi est périmée, ou à tout le moins en voie de l'être. Comme on l'a brillamment démontré, nous entrons dans une ère « post-moderne »⁸⁹, dont l'une des caractéristiques est

⁸³ G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge », Mélanges R. Perrot, Dalloz 1996 p. 575 et suiv., spéc. p. 581.

⁸⁴ F. Zénati « La portée du développement des avis », in « L'inflation des avis en droit », Economica 1999, p. 101 et suiv. spéc. p. 105.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ L'impartialité, qui est avant tout une attitude, ne se confond pas avec l'indépendance, qui est un état. La seconde est seulement la condition *sine qua non* de la première. Voir sur ce point M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », D. 1999 p. 53 et suiv., spéc. n° 12.

⁸⁷ P. Ricœur notait que « c'est sous la condition d'impartialité que l'indignation peut s'affranchir du désir de vengeance qui incite la victime à se faire justice elle-même » (*op. cit.* p. 19).

On doit regretter à ce titre le jeu du « lobbying » au sein des parlements, des marchands d'armes aux Etats-Unis ou des chasseurs en France, parvenant à imposer l'adoption de lois en faveur de leurs intérêts particuliers mais contraires à l'intérêt général.

⁸⁸ Les débats qui président à son élaboration ne sauraient en tenir lieu de manière satisfaisante, faute bien souvent d'être centrés exclusivement sur des considérations inhérentes au fond du problème discuté.

⁸⁹ J. Chevallier : « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RD publ. 1998 p. 659 et suiv.

d'asseoir la légitimité de la loi non plus sur la souveraineté de son auteur mais sur le consensus dont elle témoigne⁹⁰. La multiplication des commissions consultatives et autres comités de sages⁹¹, des enquêtes préalables, instaurant une « *ouverture aux représentants des groupes sociaux, permet de localiser les conflits, de baliser les terrains d'affrontement, de situer les zones de compromis possibles ; elle vise à une meilleure adaptation des règles et à l'élimination des réactions éventuelles de rejet* »⁹². Le conflit est ouvertement réintroduit au centre des préoccupations du législateur qui cherche à en avoir une compréhension la plus claire possible, comme le ferait tout juge.

Par ailleurs, le transfert aux personnes concernées par la norme envisagée du pouvoir de l'adopter plaide en ce même sens. La loi sera là encore l'aboutissement d'un débat contradictoire qui lui imprimera sa marque⁹³. La délégation du pouvoir normatif aux professionnels plus à même de prendre la mesure des enjeux en cause⁹⁴ en sont les marques. Le droit post-moderne est un droit négocié : il surgit de la controverse.

Parce que la loi ne dit le droit que lorsqu'elle se fonde sur le conflit, la procédure judiciaire contradictoire devient le modèle propre à redonner une légitimité véritablement juridique aux textes législatifs : « *Le droit est désormais à la disposition de la politique, mais il prescrit en même temps à la politique les conditions procédurales auxquelles elle peut seulement disposer du droit* », a-t-on dû souligner⁹⁵.

e) *Le conflit et la mutation de la loi*

Ces bouleversements, loin de trahir une quelconque décadence de l'art législatif, reflètent au contraire la réconciliation de la loi et du droit. Une observation fondamentale doit être formulée : telle qu'on la conçoit aujourd'hui, la loi est commandement, non point droit⁹⁶.

⁹⁰ Dans le même sens, F. Zénati « La portée du développement des avis », in « L'inflation des avis en droit », *Economica* 1999, p. 101 et suiv. spéc. p. 108 et suiv. L'auteur relève que le droit français se rapproche aujourd'hui d'un système de droit consultatif dont l'une des caractéristique est que l'autorité de la règle repose non sur le pouvoir de coercition de celui qui l'édicte mais sur sa vertu convaincante. S'éloigne la figure de l'obligatoire dans la caractérisation de ce qu'est le droit...

⁹¹ Pour l'audio-visuel ou les lois bioéthiques.

⁹² J. Chevallier, *op. cit.* p. 676.

⁹³ Ainsi la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (JO du 21 mars 1999 p. 4197) relative à la Nouvelle-Calédonie n'a-t-elle fait l'objet de la part des parlementaires que de réserves, sans que son contenu, tel qu'il avait été fixé suite aux négociations intervenues entre le gouvernement et les autochtones, soit modifié. La souveraineté du parlement s'efface devant la nécessité de prendre la juste mesure du conflit.

⁹⁴ Symptomatique est la menace d'intervention du législateur, lorsque les « partenaires sociaux » n'auront pas réussi à s'entendre sur l'adoption des conventions collectives.

⁹⁵ K. Günther, cité par J. Habermas « Droit et démocratie. Entre faits et normes », 1992, Gallimard Essais 1997, p. 457, ce dernier développant l'idée de « paradigme procédural du droit ».

⁹⁶ Les « lois » naturelles ne méritent ce qualificatif que parce qu'elles sont elles-mêmes perçues avant tout comme des commandements : « *les choses non humaines, à l'imitation des hommes eux-mêmes, seraient régies dans leurs comportements par des commandements auxquels elles devraient « obéir », par des décrets, par des lois, émanant d'un législateur suprême d'essence divine* » (P. Amselek, « Norme et loi », *Arch. Phil. Droit T.* 25 « La loi », 1980 p. 89 et suiv., spéc. p. 103). Afin de maintenir la paix publique, de prévenir l'émergence de conflits entre les citoyens, les gouvernants ont prescrit à ces derniers une conduite à observer par le moyen du commandement. On peut donc dire avec P. Amselek que c'est le concept de loi qui a intégré l'idée de commandement à celle de droit (*op. cit.* p. 106).

Une étude historique globale de la manière dont le souverain s'est emparé du droit mériterait d'être faite (on pourra cependant consulter A. Leca, « La genèse du droit (Essai d'introduction historique au droit) », PU d'Aix-Marseille 1998 n° 28 et suiv.). Comprendre ce mécanisme d'appropriation permet d'accomplir la démarche inverse pour départir ce qui ressort du droit de ce qui relève du commandement du souverain. La codification des coutumes en est une étape décisive. Nous relèverons simplement ici qu'à Rome, l'empereur a conquis une place prépondérante dans l'élaboration des solutions juridiques par la technique des rescrits. « *De simples réponses à*

Si elle se rapproche aujourd'hui à nouveau du droit, c'est parce qu'elle accepte de renouer avec le conflit. Il faut se décider à différencier enfin la loi et le droit. Quelques décennies ont été nécessaires pour comprendre que tout le droit n'était pas contenu dans la loi. Pleinement perçu, le constat d'un défaut de correspondance entre la loi et le droit force à reconnaître que toute loi n'est pas non plus nécessairement une source de droit⁹⁷. Elle ne peut prétendre l'être que si elle prend appui sur un conflit.

En renouant avec le conflit, les règles d'origine parlementaire ou réglementaire subissent en retour la relativité inhérente à toute solution juridique. Ce qui se traduit à un double point de vue.

- En premier lieu, la portée de la loi ne peut être saisie qu'au regard de la manière dont le conflit a été exposé dans le rapport qui en prépare l'adoption, tout comme l'analyse de la décision judiciaire ne peut faire l'économie d'une lecture attentive des faits. Le droit ne peut être coupé du conflit. Cette observation ne se limite pas à décrire une simple technique d'interprétation de la loi, technique dont la mise en œuvre au demeurant était déjà à l'honneur au temps de l'exégèse. Elle revêt un sens plus profond. Le lien qui unit la loi avec le conflit devient aujourd'hui assez intense pour que la frontière entre ce qui relève à proprement parler de la règle, du normatif, et ce qui demeure dans le champ de l'exposé des motifs, du non-normatif, se brouille. Par un double mouvement, les articles premiers des lois sont de plus en plus souvent le lieu des déclarations d'intention sans réelle portée normative, tandis que les rapports de la Commission des lois, parce qu'ils contiennent des dispositions précises, sont discutés, amendés, votés, publiés au Journal Officiel peuvent légitimement y prétendre⁹⁸. La loi n'est plus un commandement formel, elle est une solution qui demeure indissolublement unie à la question, au conflit.

- En second lieu, le caractère absolu auquel la loi pouvait prétendre en se réclamant de l'exercice d'une souveraineté s'efface. La loi qui cherche à énoncer le droit devient la recherche hésitante d'un équilibre entre deux intérêts opposés au moyen de leur confrontation dialectique⁹⁹. Elle fait une part de plus en plus grande aux « standards », dont la signification

une consultation, demandée par un particulier ou un fonctionnaire impérial, ils acquièrent valeur de texte général. Le prestige de leur auteur et la qualité du conseil des juristes qui les élaborent leur confèrent une autorité qui dépasse la seule affaire à propos de laquelle ils étaient intervenus. Ils constituent désormais des précédents auxquels on se réfèrera dans des situations analogues. La disposition particulière se transforme en mesure générale. Une évolution analogue se produit pour les decreta, c'est-à-dire pour les jugements rendus par le tribunal du prince. Ainsi s'explique la transformation de la législation impériale, encore exceptionnelle au I^{er} siècle, en une source essentielle de droit. » (J. Gaudement, « La loi et la coutume, manifestations d'autorité et source d'enseignement à Rome », 6^e congrès international de droit comparé, Hambourg 1962, in « Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris », « Etudes de droit contemporain, section I A, Droits de l'antiquité », p. 35 et suiv., spéc. p. 44-45). De là il faut induire que le droit domestiqué par l'empereur n'était pas pur commandement mais restait avant tout fidèle à son essence, en demeurant fondé sur le conflit. Ce n'est sans doute qu'avec la Révolution française que la souveraineté, en passant du roi au peuple s'est affirmée maîtresse du droit : « *Le discours juridique traditionnel pose comme postulat qu'un organe (ou qu'un ensemble d'organes) est capable de créer le droit qui lui paraît souhaitable ; que cet organe appartient à une entité, nommée Etat (...). Il n'en a pas toujours été ainsi. (...) L'idée d'un pouvoir législatif global, suggéré à l'époque de la monarchie absolue, ne s'enracine qu'avec la révolution française* » (R. Sacco, « Le droit muet », RTD civ. 1995, p. 783 et suiv., spéc. p. 784).

⁹⁷ Appeler droit tout ce qui prend la forme de la loi trahit une attitude profondément positiviste, dont on a dénoncé « *l'intérêt quasi exclusif qu'elle manifeste aux aspects formels de la réalité juridique* » (M. Virally, *op. cit.* p. XXVII).

⁹⁸ La position du Conseil d'Etat, qui refuse de leur reconnaître une réelle portée normative, est difficilement justifiable (CE Ass. 5 mars 1999, AJDA 1999 p. 420). Sur cette question, voir les observations éclairantes de N. Molfessis, « La distinction du normatif et du non normatif », RTD civ. 1999 p. 729 et suiv.

⁹⁹ M. Villey notait ainsi à propos de la dialectique « *qu'il n'en sort rien de nécessaire ni de définitif. Elle n'est pas science mais « zététique », recherche, approche de la vérité* » (« De la dialectique comme art du dialogue et sur ses relations au droit », Arch. Phil. Droit T. 27 « Sources du droit », Sirey 1982 p. 263 et suiv., spéc. p. 269).

dépendra dans une large mesure de leur interprétation par le juge, parce qu'en pratique, le litige ne revêtra jamais exactement la forme désincarnée sur laquelle le législateur a raisonné. Elle prétend parfois n'être qu'une tentative¹⁰⁰, dont la pérennité dépendra de sa réception par les citoyens : seule la recherche du juste tâtonne, non le commandement du souverain.

« *Le lieu de l'invention du droit était jadis la controverse* » écrivait M. Villey¹⁰¹. Peut-être est-elle en passe de le redevenir.

¹⁰⁰ Loi Veil du 17 janvier 1975 (art. 2) ; loi « bioéthique » n° 94-654 du 29 juillet 1994 (art. 21).

¹⁰¹ « La méthode du droit naturel (Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit) », in « Seize essais de philosophie du droit », Dalloz 1969 p. 263 et suiv., spéc. p. 274.